

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Artikel 167a Sv)

Borgers, M.J.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2012). *Case note: Hoge Raad (Artikel 167a Sv)*, No. 437, Nov 16, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2012).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 16 november 2010, nr. 08/02652

M.J. Borgers

1. Artikel 167a Sv schrijft in relatie tot vijf zedenmisdrijven voor dat het openbaar ministerie de minderjarige ten aanzien van wie het misdrijf is gepleegd, – zo mogelijk – in de gelegenheid stelt zijn of haar mening kenbaar te maken over het gepleegde feit, mits de minderjarige twaalf jaar of ouder was op het moment van het plegen van het feit. Dit voorschrift is in de plaats gekomen van het klachtvereiste in artikel 245, 247 en 248a Sr. Op 1 januari 2010 zijn de (nieuw ingevoerde) misdrijven van artikel 248d en 248e Sr – het corrumperen van kinderen en *grooming* – toegevoegd aan de opsomming van misdrijven in artikel 167a Sv (vgl. daarover ook Kool, *DD* 2010, p. 1264-1294). De wetgever heeft met de verplichting van artikel 167a Sv willen bewerkstelligen dat bij het nemen van de vervolgingsbeslissing acht wordt geslagen op de belangen van de minderjarige. Daarbij geldt, zo kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid, dat vervolging in beginsel achterwege blijft indien de belangen van de minderjarige daartoe aanleiding geven. Aldus beoogt de wetgever het evenwicht te bewaren tussen enerzijds de bescherming van de minderjarige tegen seksueel misbruik en anderzijds de bescherming van de minderjarige tegen aantasting van diens – ontluikende – seksuele vrijheid (aldus *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 6; zie ook Reijntjes, in: Melai/Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, aantekening 4 op artikel 167a).

2. In het hierboven afgedrukte arrest staat de vraag centraal wat de consequentie is of kan zijn indien de verplichting van artikel 167a Sv niet wordt nageleefd. De Hoge Raad bouwt hierbij voort op zijn arrest van 18 november 2008, *NJ* 2008/613. Daarin is uitgemaakt dat artikel 167a Sv een inspanningsverplichting voor het openbaar ministerie met zich brengt, waarvan de niet-naleving niet zonder meer leidt tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Voor het verbinden van dat rechtsgevolg moet – kort gezegd – sprake zijn van een dusdanige schending van het zorgvuldigheidsbeginsel dat aan de belangen van de minderjarige ernstig tekort is gedaan.

Aan de letterlijke herhaling van de kernoverwegingen uit *NJ* 2008/613 voegt de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte uitspraak een ‘verduidelijking’ toe. Allereerst wijst de Hoge Raad op de mogelijkheid van herstel van het niet nageleefd zijn van artikel 167a Sv. Voorts werkt de Hoge Raad nader uit welk gewicht de mening van de minderjarige in de schaal legt bij het nemen van de vervolgingsbeslissing.

3. Dat de Hoge Raad verduidelijkt dat aan schending van artikel 167a Sv geen rechtsgevolg behoeft te worden verbonden indien het openbaar ministerie – op eigen initiatief of daartoe bewogen door de zittingsrechter – alsnog dit voorschrift naleeft, is op zich niet opzienbarend. Eenzelfde herstelmogelijkheid is in relatie tot artikel 165a Sv, waarin een min of meer vergelijkbare verplichting is neergelegd, reeds aanvaard in HR 1 oktober 1991, *NJ* 1992/231 m.nt. C (zie ook Hof Den Bosch 19 april 2000, *NJ* 2000/434 alsmede Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 177). Gewezen zou nog kunnen worden op de lijn die de Hoge Raad hanteert met betrekking tot vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv: indien een vormverzuim nog kan worden hersteld, is er geen reden om een rechtsgevolg aan het verzuim te verbinden (vgl. artikel 359a lid 1 Sv en HR 30

maart 2004, *NJ* 2004/376 m.nt. YB, rov. 3.4.3). Of de schending van artikel 167a Sv als vormverzuim in artikel 359a Sv heeft te gelden, is overigens voor discussie vatbaar. De Hoge Raad lijkt niet uit te gaan van de toepasselijkheid van artikel 359a Sv.

De herstelmogelijkheid roept nog wel enkele vragen op wanneer men kijkt naar het doel dat met het voorschrift van artikel 167a Sv wordt gediend. In de woorden van de Hoge Raad – zie de eerste alinea van overweging 2.5 – wordt beoogd ‘te waarborgen dat strafrechtelijk optreden achterwege blijft indien de belangen van de minderjarige daartoe nopen’. Indien evenwel in een laat stadium herstel plaatsvindt, zal dat strafrechtelijk optreden al grotendeels hebben plaatsgevonden. Het opsporingsonderzoek is dan al afgerond, terwijl de dagvaarding reeds is uitgebracht en het onderzoek ter terechtzitting in het openbaar een aanvang heeft genomen. Wordt de waarborg die artikel 167a Sv beoogt te bieden, zodoende niet in belangrijke mate ondermijnd?

In de wetgeschiedenis wordt opgemerkt dat het voor de hand ligt dat het openbaar ministerie ‘in een vroeg stadium van het onderzoek’ gelegenheid biedt aan de minderjarige voor het kenbaar maken van zijn of haar standpunt (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 18). Dat impliceert dat het strafrechtelijk optreden dat achterwege blijft indien de belangen van de minderjarige daartoe nopen, ook – tot op zekere hoogte – het opsporingsonderzoek kan omvatten. Het is uiteraard aanvaardbaar dat bij een verdenking ter zake van een misdrijf in de zin van artikel 167a Sv politie en justitie een beeld van de zaak willen krijgen en in dat verband onderzoekshandelingen verrichten. Maar de strekking van het voorschrift van artikel 167a Sv lijkt zo te moeten worden begrepen dat in de loop van het onderzoek het standpunt van de minderjarige wordt ingewonnen en dat dit standpunt wordt betrokken bij de beantwoording van de vraag of voortzetting van dat onderzoek is geboden (vgl. ook Reijntjes, *t.a.p.*, aantekening 8). Om die reden moet – gelet op het moment waarop herstel nog kan plaatsvinden – de herstelmogelijkheid die de Hoge Raad biedt, worden beschouwd als *second best*. Het kwaad is dan ten dele al geschied.

4. Voorts rijst de vraag hoe de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv exact moet worden vervuld. Het antwoord op die vraag is van belang om te kunnen bepalen of die verplichting is nageleefd en zo nee, op welke wijze herstel kan plaatsvinden. De tekst van de wet bepaalt dat het openbaar ministerie – zo mogelijk – gelegenheid moet bieden voor het kenbaar maken van de mening van de minderjarige. Houdt dat in dat het openbaar ministerie zelf in gesprek gaat met de minderjarige, specifiek over de wenselijkheid van vervolging? Mag dat gesprek ook namens het openbaar ministerie door een andere functionaris geschieden? Of gaat het er slechts om dat het openbaar ministerie erop toeziet dat ergens in de loop van het onderzoek de minderjarige op enigerlei wijze iets kan opmerken over de wenselijkheid van vervolging?

Men zou wellicht verwachten dat in de beleidsregels van het openbaar ministerie een uitwerking wordt gegeven van de wijze waarop aan de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv vorm wordt gegeven. In de Aanwijzing slachtofferzorg en de Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik wordt daar niet expliciet iets over vermeld. Wel kan erop worden gewezen dat in laatstgenoemde Aanwijzing een gedetailleerde beschrijving wordt gegeven van het verloop van het opsporingsonderzoek, waarvan het zogeheten informatieve gesprek tussen de politie en de aangever een belangrijk onderdeel vormt. Maar of dit gesprek ook verband houdt met artikel 167a Sv en in hoeverre de resultaten van dat gesprek worden betrokken bij de vervolgingsbeslissing, wordt niet duidelijk.

De wetgeschiedenis biedt meer houvast. Daarin wordt gerept van ‘het gesprek tussen het slachtoffer en de officier van justitie’, waarvan ook een verslag wordt opgesteld dat in het dossier

wordt gevoegd (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 17, 20). Voorts wordt vermeld dat het openbaar ministerie zijn beslissing omtrent de vervolging kenbaar maakt aan degene die zijn of haar mening heeft geuit en dat de beslissing wordt gemotiveerd indien deze afwijkt van de gegeven mening (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 7; vgl. ook *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 21). Dat duidt erop dat het openbaar ministerie zelf in gesprek gaat met de minderjarige, waarbij de wenselijkheid van de vervolging ook duidelijk een gespreksthema vormt. Al kan met Reijntjes (*t.a.p.*, aantekening 8) worden aangenomen dat het gesprek soms wellicht beter – in opdracht van het openbaar ministerie – kan worden gevoerd door een zedenrechercheur of een andere gespecialiseerde functionaris.

In de feitenrechtspraak wordt de lat lager gelegd. Hoewel er wisselend wordt geoordeeld over wat de (inspannings)verplichting van artikel 167a Sv precies inhoudt, wordt er doorgaans genoeg mee genomen dat de minderjarige op enig moment – bijvoorbeeld tegenover de politie – zijn of haar mening kenbaar heeft kunnen maken. Alsdan heeft de officier van justitie – indirect – rekening kunnen houden met de belangen van de minderjarige bij het nemen van de vervolgingsbeslissing en is hij ontvankelijk in de vervolging.¹ Voor deze lijn kan steun worden gevonden in HR 27 juni 1995, *NJ* 1995/685 (met betrekking tot artikel 165a Sv) en HR 18 november 2008, *NJ* 2008/613.

Ook in de hierboven afgedrukte zaak heeft het gerechtshof het toereikend geacht dat ‘de visie van aangeefster’ is gebleken uit de afgelegde slachtofferverklaring en de bij de politie afgelegde verklaringen. Dat is evenwel naar het oordeel van de Hoge Raad niet toereikend, zo volgt uit de tweede volzin van overweging 2.6: indien het gerechtshof heeft geoordeeld dat artikel 167a Sv niet is geschonden omdat de minderjarige tegenover de politie of anderen zijn of haar mening heeft geuit, heeft het gerechtshof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad neemt hier tot op zekere hoogte afstand van de in de lagere rechtspraak gevolgde lijn en lijkt thans aansluiting te zoeken bij de wetsgeschiedenis. Dat zou betekenen dat de Hoge Raad vergt dat het openbaar ministerie – of eventueel een namens het openbaar ministerie optredend persoon – zelf het gesprek met de minderjarige aangaat. Voor die uitleg valt veel te zeggen, omdat anders het risico bestaat dat terloopse opmerkingen tijdens politieverhoren een eigen leven gaan leiden. Terwijl gelet op het doel dat met artikel 167a Sv wordt gediend, het nemen van de vervolgingsbeslissing eerst op een verantwoorde wijze kan geschieden indien concreet zicht bestaat op de mogelijke aantasting van de belangen van de minderjarige ingeval van vervolging. Dat vergt een serieus gesprek met de minderjarige waarin de (mogelijke) gevolgen van vervolging voor de minderjarige aan de orde komen.

Toch is niet gezegd dat dit ook werkelijk hetgeen is dat de Hoge Raad voor ogen staat, want op de keper beschouwd brengt de Hoge Raad in de tweede volzin van overweging 2.6 alleen tot uitdrukking wat niet volstaat, zonder dat wordt geconcretiseerd hoe de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv dan wel moet worden ingevuld. Daar komt bij dat de Hoge Raad lijkt te aanvaarden dat de rechter zich uiteindelijk toch verlaat op de mening van de minderjarige zoals die tegenover de politie of anderen is geuit, bij zijn oordeel dat aan de schending van artikel 167a Sv geen consequentie behoeft te worden verbonden. Zij het dan dat – zo kan worden afgeleid uit de derde volzin van overweging 2.6 – geen misverstand dient te bestaan over de strekking van de mening van de minderjarige. Bij deze stand van zaken behoeft het geen verbazing te wekken dat – niettegenstaande de strengere uitleg van artikel 167a Sv waarvoor de Hoge Raad lijkt te kiezen – de hiervoor geschetste

¹ Ik volsta met de vermelding van de relevante LJN-vindplaatsen: AV0559, AV5178, AV7354, AY3616, BC0859, BC0860, BD7401, BF1783, BJ7670, BJ6604, BM4123, BN0953, BO0978, BQ5017, BR0804, BT2060, BT8403 en BV3023. Zie echter ook BT2391.

lijn in de lagere rechtspraak niet wezenlijk anders is geworden na het wijzen van de hierboven afgedrukte uitspraak.²

5. De tweede verduidelijking die de Hoge Raad in het hierboven afgedrukte arrest geeft, ziet op het gewicht dat de mening van de minderjarige in de schaal legt. Indien de minderjarige te kennen geeft een vervolging niet wenselijk te achten, betekent dat niet zonder meer dat het openbaar ministerie niet tot vervolging mag overgaan. Het openbaar ministerie maakt een eigen afweging of vervolging is geboden. Daaruit volgt ook dat het niet-naleven van artikel 167a Sv niet zonder meer tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging leidt. Of de minderjarige nu wel of niet in de gelegenheid is gesteld zijn of haar mening kenbaar te maken, er dient – zo zou het oordeel van de Hoge Raad kunnen worden geparafraseerd – een afweging te worden gemaakt tussen enerzijds de belangen van de minderjarige bij niet-vervolging en anderzijds de belangen die worden gediend met vervolging, waarbij vervolging pas achterwege dient te blijven indien de belangen van de minderjarige beduidend zwaarder wegen.

Kennelijk is de Hoge Raad bevreesd dat uit *NJ 2008/613 a contrario* iets anders zou kunnen worden afgeleid. Het is de vraag of die vrees gegrond is. Wat daar ook van zij, de verduidelijking die de Hoge Raad thans geeft, ligt in lijn met de wetsgeschiedenis. Daarin komt nadrukkelijk naar voren dat aan de minderjarige geen doorslaggevende stem toekomt bij de beslissing om al dan niet te vervolgen. De door de minderjarige kenbaar gemaakte mening vormt één van de relevante factoren bij het nemen van die beslissing (*Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 17-18, 20, 24* en *Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 11*), zij het dat de minister – iets – meer gewicht lijkt te willen toekennen aan deze mening dan de Hoge Raad doet (vgl. *Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 20*). Dat de mening van de minderjarige niet doorslaggevend is, past uiteraard ook bij het schrappen van het klachtvereiste ten aanzien van (drie van) de in artikel 167a Sv genoemde misdrijven.

6. In de hierboven afgedrukte uitspraak wordt door de verdediging aangevoerd dat de minderjarige aangeefster bij herhaling heeft laten blijken dat zij, anders dan haar ouders, de vervolging van de verdachte niet wenste, zodat geen waarde kan worden toegekend aan het proces-verbaal waarin naar voren komt dat zij wel zou hebben gewild dat er iets met de zaak gebeurt. Het gaat hier dus – afgaande op dit verweer – in de kern om een conflict tussen enerzijds de mening van de minderjarige en anderzijds de zienswijze van haar wettelijke vertegenwoordigers. De minister merkt in de wetgeschiedenis van artikel 167a Sv op: ‘Met enige voorzichtigheid zou ik willen stellen dat er zwaarwegende redenen [lees: redenen; MJB] moeten zijn om een strafvervolging in te stellen, wanneer de minderjarige anders dan bij voorbeeld zijn ouders positief staat ten opzichte van seksueel verkeer met zijn of haar partner. Het strafrecht is er niet voor om deze meningsverschillen of conflicten tussen ouder en kind op te lossen’ (*Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 19*). Maar om een eenvoudige afweging gaat het hier niet. Minderjarigen willen ook nog wel eens een roze bril opzetten en overzien niet altijd de werkelijke proporties van het seksuele contact. Wanneer de officier van justitie dan toch in lijn met de mening van de minderjarige beslist, zou dat weer kunnen leiden tot een klacht van de ouders op grond van artikel 12 Sv (zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 13 september 2011, *LJN BT2237*).

Een bijzondere omstandigheid in de hierboven afgedrukte zaak lijkt te zijn – althans wanneer ik de strekking van de door de verdediging weergegeven passages goed begrijp – dat de minderjarige

² Zie de uitspraken met LJN-vindplaatsen: BQ5017, BR0804, BT2060, BT8403 en BV3023.

zich niet zozeer bezorgd heeft getoond over haar eigen belangen, maar zich veeleer tegen strafrechtelijk onderzoek heeft verzet omdat zij de (gewelddadige) reactie van haar vader jegens de verdachte vreesde. Dat laat zien in welk een lastig parket de minderjarige kan geraken. Juist dat pleit ervoor dat het openbaar ministerie met de minderjarige in een vroeg stadium van het onderzoek in gesprek gaat en doorneemt welke consequenties het al dan niet vervolgen van de verdachte heeft of kan hebben, en wat de weerslag daarvan is of kan zijn op de belangen van de minderjarige. Wanneer de rechter evenwel geen gevolgen verbindt aan schendingen van artikel 167a Sv door genoeg te nemen met het uiten door de minderjarige van diens mening buiten het verband van een dergelijk gesprek, geeft de rechter ook niet het signaal af dat een wezenlijk belang is gemoeid met een zorgvuldige naleving van artikel 167a Sv.

7. Het vorenstaande zou aanleiding kunnen geven om het voorschrift van artikel 167a Sv opnieuw te doordenken. Want bereikt dat voorschrift – gezien in het licht van de rechtspraak daarover – het daaraan ten grondslag liggende doel eigenlijk wel in voldoende mate? Die vraag laat zich binnen het bestek van een annotatie niet volledig beantwoorden. Ik laat het daarom bij enkele opmerkingen.

In de wetsgeschiedenis wordt de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv aangemerkt als ‘een extra waarborg’ dat de vervolgingsbeslissing – mede – wordt afgestemd op de belangen van de minderjarige (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 6). Inderdaad gaat het om een *extra* waarborg, want reeds uit het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging volgt dat die belangen worden meegewogen. Die afweging is niet (goed) mogelijk indien geen of onvoldoende zicht bestaat op de in het spel zijnde belangen. Daarom kan worden gesteld dat reeds uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeit dat de officier van justitie – zo mogelijk – nagaat wat de zienswijze van de minderjarige is (vgl. hieromtrent Corstens in zijn noot onder HR 1 oktober 1991, *NJ* 1992/231; ook de Hoge Raad refereert aan dit beginsel in *NJ* 2008/613 en de hierboven afgedrukte uitspraak). Nu is er natuurlijk niets op tegen wanneer dat ook nog eens in de wet wordt vastgelegd. Maar het is eerst en vooral van belang dat het openbaar ministerie het zelf als een plicht beschouwd om op die wijze tot de vervolgingsbeslissing te komen. Het is daarom opmerkelijk – zoals hiervoor aan de orde is gekomen – dat de in artikel 167a Sv neergelegde inspanningsverplichting nauwelijks, althans niet duidelijk, handen en voeten in de beleidsregels heeft gekregen.

In het verlengde hiervan kan erop worden gewezen dat het enigszins willekeurig oogt dat artikel 167a Sv slechts ziet op een gering aantal misdrijven. De verklaring daarvoor is erin gelegen dat de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv is ingevoerd als compensatie voor het schrappen van het klachtvereiste met betrekking tot drie van de vijf in artikel 167a Sv genoemde misdrijven. In de wetsgeschiedenis wordt evenwel onderkend dat ook ten aanzien van andere (slachtoffers van) zedenmisdrijven eenzelfde inspanningsverplichting wenselijk zou zijn, in welk verband aan het openbaar ministerie de aanbeveling wordt gedaan dit punt nader uit te werken in een Aanwijzing (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 19 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 10-11). Die uitwerking heeft, voor zover ik heb kunnen nagaan, tot op heden niet plaatsgevonden.

In die gevallen waarin het openbaar ministerie niet op zorgvuldige wijze tot de vervolgingsbeslissing komt, kan de verdachte dit ter terechtzitting aan de orde stellen. In relatie tot artikel 167a Sv heeft dat iets merkwaardigs, want dit voorschrift is niet geschreven in het belang van de verdachte, maar in het belang van de minderjarige. Het belang van de verdachte is hier slechts gelegen in de voor hem gunstige (mogelijke) uitkomst van niet-ontvankelijkverklaring. Binnen het verband van artikel 359a Sv wordt een dergelijk belang onvoldoende geacht voor het verbinden van een rechtsgevolg, maar in relatie tot artikel 167a Sv ligt dat kennelijk anders. Vellinga verklaart dit door erop te

wijzen dat de verdachte, indien hij wordt vervolgd wegens een klachtdelict, zich ook – met succes – kan beroepen op het ontbreken van de klacht (zie onderdeel 11 van zijn conclusie voor HR 18 november 2011, *NJ* 2008/613). Dat argument snijdt zeker hout, maar het maakt de uitkomst niet minder merkwaardig. Het zou wellicht passender zijn wanneer – in zaken waarin artikel 167a Sv aan de orde is – de rechter de belangen van de minderjarige bewaakt door de vervolgingsbeslissing ambtshalve te toetsen. Een dergelijke ambtshalve verplichting is door de Hoge Raad evenwel van de hand gewezen (HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/435 met een kritische noot van Schalken). Bovendien komt de zittingsrechter pas vrij laat in beeld, terwijl de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv al in een vroegtijdig stadium zou moeten worden vervuld. Men zou er voorts aan kunnen denken om de minderjarige een zelfstandig rechtsmiddel toe te kennen om tegen de vervolging op te komen. Voor die mogelijkheid laten zich in theorie best goede gronden aandragen, maar aan een dergelijk rechtsmiddel zitten in praktisch opzicht nogal wat haken en ogen. Wat daar verder ook zij, het feit dat het de verdachte is die zich erop beroept dat het openbaar ministerie de inspanningsverplichting jegens de minderjarige heeft verwaarloosd, zou (mede) kunnen verklaren dat de rechter zich zo terughoudend toont in het verbinden van consequenties aan dat verzuim.

Uiteindelijk is er maar één instantie die daadwerkelijk, in volle omvang en op het juiste moment kan realiseren dat het doel dat met artikel 167a Sv wordt nagestreefd, ook wordt bereikt, en dat is het openbaar ministerie zelf. Het zou niet nodig moeten zijn dat in strafzaken wordt gesteggeld over de naleving van dat voorschrift.